Nations Unies S/2012/9



Conseil de sécurité

Distr. générale
9 janvier 2012
Français
Original : anglais

Lettre datée du 6 janvier 2012, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Secrétaire général

J'ai l'honneur de vous faire tenir ci-joint une note verbale que m'a adressée le Greffier de la Cour pénale internationale (voir annexe), ainsi que les pièces qui y sont jointes.

Par sa lettre du 13 décembre 2011 (pièce jointe I), le Président de la Cour, M. Sang-Hyun Song, informe le Conseil de sécurité, comme le prévoit le paragraphe 7 de l'article 87 du Statut de Rome, que la République du Malawi se refuse à coopérer avec la Cour et, en conséquence, lui transmet la décision adoptée le 13 décembre 2011 par la Chambre préliminaire I, intitulée « Rectificatif à la Décision rendue en application de l'article 87-7 du Statut de Rome concernant le refus de la République du Malawi d'accéder aux demandes de coopération délivrées par la Cour concernant l'arrestation et la remise d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir » (pièce jointe II).

En application du paragraphe 3 de l'article 17 de l'Accord régissant les relations entre l'Organisation des Nations Unies et la Cour pénale internationale, le Greffier transmet la lettre et la décision pour communication au Conseil.

Je vous serais obligé de bien vouloir porter à l'attention des membres du Conseil de sécurité le texte de la présente lettre, de son annexe et des pièces qui y sont jointes.

(*Signé*) **BAN** Ki-moon

12-20340 (F) 170112 170112



Annexe

Note verbale datée du 13 décembre 2011, adressée au Secrétaire général par le Greffier de la Cour pénale internationale

En application du paragraphe 3 de l'article 17 de l'Accord régissant les relations entre l'Organisation des Nations Unies et la Cour pénale internationale, le Greffier de la Cour a l'honneur de vous faire tenir ci-joint, pour communication au Conseil de sécurité, la lettre du 13 décembre 2011 par laquelle le Président de la Cour informe le Conseil, conformément au paragraphe 7 de l'article 87 du Statut de Rome, que la République du Malawi se refuse à coopérer avec la Cour.

Pour toute question ou tout renseignement complémentaire, veuillez vous adresser à M. Alexander Khodakov, Conseiller spécial pour les relations extérieures et la coopération, par courrier électronique (alexander.khodakov@icc-cpi.int), par téléphone (+31 70 515 8662) ou par télécopie (+31 70 515 8567), ou à Mme Anne-Aurore Bertrand, conseillère en coopération au Cabinet du Greffier, par courrier électronique (anneaurore.bertrand@icc-cpi.int) ou par téléphone (+31 70 515 8202).

Pièce jointe I

J’ai l’honneur de vous informer qu’en l’affaire *Le Procureur* c. *Omar Hassan Ahmad Al Bashir* dont elle est saisie, la Chambre préliminaire I de la Cour pénale internationale a constaté, conformément aux articles 86, 87-7 et 89 du Statut de Rome, que la République du Malawi n’avait pas accédé à une demande de coopération de la Cour, empêchant ainsi cette dernière d’exercer ses fonctions et ses pouvoirs.

En application de la disposition 4 de la norme 109 du Règlement de la Cour, je vous renvoie la question et vous transmets la décision de la Chambre préliminaire I.

(*Signé*) Sang-Hyun **Song**

Pièce jointe II

Cour
Pénale
Internationale

International
Criminal
Court

Original : **anglais**

N° : **ICC-02/05-01/09**
Date : **13 décembre 2011**

LA CHAMBRE PRÉLIMINAIRE I

Composée comme suit : **Mme la juge Sanji Mmasenono Monageng, juge président**
Mme la juge Sylvia Steiner
M. le juge Cuno Tarfusser

SITUATION AU DARFOUR (SOUDAN)

LE PROCUREUR* c. *OMAR HASSAN AHMAD AL BASHIR

Public

Rectificatif à la décision rendue en application de l’article 87-7 du Statut de Rome relativement au manquement par la République du Malawi à l’obligation d’accéder aux demandes de coopération que lui a adressées la Cour aux fins de l’arrestation et de la remise d’Omar Hassan Ahmad Al Bashir

Document à notifier, conformément à la norme 31 du *Règlement de la Cour*, aux destinataires suivants :

Le Bureau du Procureur
M. Luis Moreno-Ocampo
Mme Fatou Bensouda

Le conseil de la défense

Les représentants légaux des victimes

Les représentants légaux des demandeurs

Les victimes non représentées

Les demandeurs non représentés (participation/réparations)

Le Bureau du conseil public pour les victimes

Le Bureau du conseil public pour la défense

Les représentants des États

Les autorités compétentes
de la République du Malawi

L'*amicus curiae*

GREFFE

Le Greffier
Mme Silvana Arbia

Le Greffier adjoint
M. Didier Preira

L'Unité d'aide aux victimes et aux témoins

La Section de la détention

La Section de la participation des victimes et des réparations

Autres

La Chambre préliminaire I de la Cour pénale internationale (respectivement « la Chambre » et « la Cour ») rend la présente décision relativement au manquement, par la République du Malawi, à l'obligation d'accéder aux demandes de coopération que lui a adressées la Cour aux fins de l'arrestation et de la remise d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir (« Omar Al Bashir »).

Rappel de la procédure et arguments présentés par la République du Malawi

1. Le 31 mars 2005, le Conseil de sécurité de l'ONU a rendu la résolution 1593 (2005)[1], par laquelle il renvoyait la situation au Darfour à la Cour en « demand[ant] instamment à tous les États et à toutes les organisations régionales et internationales concernées de coopérer pleinement » avec celle-ci.

2. Le 4 mars 2009, la Chambre a rendu la décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt a l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir[2] (« la décision du 4 mars 2009 »), dans laquelle elle déclarait ce qui suit concernant les fonctions d'Omar Al Bashir en tant que chef d'État :

> *41. Par ailleurs, compte tenu des éléments présentés à l'appui de la requête de l'Accusation, et sans préjudice de toute décision qui pourrait être prise ultérieurement en vertu de l'article 19 du Statut, la Chambre considère que les fonctions actuelles d'Omar Al Bashir en tant que chef d'un État non partie au Statut n'ont pas d'incidence sur la compétence de la Cour à l'égard de cette affaire.*
>
> *42. La Chambre est parvenue à cette conclusion à partir des quatre considérations suivantes. Premièrement, elle a relevé que, aux termes de son préambule, l'un des buts fondamentaux du Statut est de mettre un terme à l'impunité des auteurs des crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale et qui « ne sauraient rester impunis ».*
>
> *43. Deuxièmement, la Chambre relève qu'aux fins de la réalisation de ce but, les articles 27-1 et 27-2 du Statut énoncent les principes fondamentaux suivants :*
>
>> *i) Le présent Statut s'applique à tous de manière égale, sans aucune distinction fondée sur la qualité officielle;*
>>
>> *ii) […] la qualité officielle de chef d'État ou de gouvernement, de membre d'un gouvernement ou d'un parlement, de représentant élu ou d'agent d'un État, n'exonère en aucun cas de la responsabilité pénale au regard du présent Statut, pas plus qu'elle ne constitue en tant que telle un motif de réduction de la peine;*
>>
>> *iii) Les immunités ou règles de procédure spéciales qui peuvent s'attacher à la qualité officielle d'une personne, en vertu du droit interne ou du droit international, n'empêchent pas la Cour d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne.*
>
> *44. Troisièmement, s'agissant du droit applicable devant la Cour, il est de jurisprudence constante que, conformément à l'article 21 du Statut, les autres*

---

[1] S/RES/1593 (2005).

[2] ICC-02/05-01/09-3-tFRA.

sources du droit, telles qu'énoncées aux paragraphes 1-b et 1-c de l'article 21 du Statut, ne peuvent être invoquées que lorsque les deux conditions suivantes sont réunies : i) il y a un vide juridique dans les dispositions écrites du Statut, des Éléments des crimes et du Règlement; et ii) ce vide ne peut être comblé par l'application des critères énoncés aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités et à l'article 21-3 du Statut.

45. Quatrièmement, la Chambre a récemment souligné dans la décision du 5 février 2009 qu'en déférant à la Cour la situation au Darfour en vertu de l'article 13-b du Statut, le Conseil de sécurité de l'ONU a également accepté que l'enquête sur ladite situation, ainsi que toute poursuite qui en découlerait, se déroulent conformément au cadre conjointement défini par le Statut, les Éléments des crimes et le Règlement. [Notes de bas de page non reproduites.]

3. Le 4 mars 2009 et le 12 juillet 2010, la Chambre a délivré à l'encontre d'Omar Al Bashir des mandats d'arrêt qui n'ont toujours pas été exécutés[3].

4. Le 6 mars 2009 et le 21 juillet 2010, respectivement, à la demande de la Chambre, le Greffe a adressé aux États parties au Statut de Rome (« le Statut ») la demande d'arrestation et de remise d'Omar Al Bashir[4] et la demande supplémentaire d'arrestation et de remise d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir[5] (« les demandes de coopération »), par lesquelles il sollicitait la coopération de tous les États parties aux fins de l'arrestation et de la remise à la Cour d'Omar Al Bashir, en vertu notamment des articles 89-1 et 91 du Statut. En tant qu'État partie au Statut depuis le 1er décembre 2002, la République du Malawi a reçu notification des demandes de coopération.

5. Le 18 octobre 2011, le Greffe a déposé un rapport concernant le séjour d'Omar Al Bashir au Malawi[6] (« le Rapport »), par lequel le Greffier informait la Chambre de ce qui suit :

i) Plusieurs sources médiatiques ont rapporté qu'Omar Al Bashir s'était rendu au Malawi le 14 octobre 2011 afin d'« [TRADUCTION] assister au sommet du Marché commun de l'Afrique orientale et australe (COMESA) organisé du 4 au 15 octobre à Lilongwe, la capitale du Malawi »;

ii) Le 13 octobre 2011, le Greffier avait adressé une note verbale à l'ambassade de la République du Malawi à Bruxelles (« la Note verbale »)[7], pour rappeler à cet État les obligations légales lui incombant en vertu du Statut, et lui demander sa coopération aux fins de l'arrestation et de la remise à la Cour d'Omar Al Bashir « [TRADUCTION] au cas où celui-ci entrerait sur le territoire du Malawi »; et

iii) Aucune réponse n'avait été reçue au jour du dépôt du Rapport.

6. Dans sa note verbale, le Greffier : a) avait rappelé à la République du Malawi qu'elle avait l'obligation d'arrêter et de remettre à la Cour les personnes visées par un mandat d'arrêt délivré par celle-ci et que cette obligation valait « [TRADUCTION] pour toutes les personnes visées par un tel un mandat, y compris

---

[3] ICC-02/05-01/09-1-tFRA; ICC-02/05-01/09-95-tFRA.
[4] ICC-02/05-01/09-7-tFRA.
[5] ICC-02/05-01/09-96-tFRA.
[6] ICC-02/05-01/09-136-Conf et annexes confidentielles 1 à 4.
[7] ICC-02/05-01/09-136-Conf.Anx.4.

le Président Al Bashir »[8]; b) avait averti la République du Malawi qu'aux termes de l'article 87-7 du Statut, « [TRADUCTION] si un État partie n'accède pas à une demande de coopération de la Cour contrairement à ce que prévoit le Statut, la Cour peut prendre acte du défaut de coopération et en référer au Conseil de sécurité de l'ONU »[9]; et c) avait invité les autorités compétentes de la République du Malawi à consulter la Cour au cas où l'exécution des demandes de coopération poserait quelque difficulté que ce soit, comme envisagé à l'article 97 du Statut. Les autorités compétentes de la République du Malawi n'ont jamais consulté la Cour, pas plus qu'elles ne lui ont signalé de problème concernant l'exécution des demandes de coopération ou fourni d'informations pertinentes à cet égard.

7. Le 19 octobre 2011, la Chambre a rendu une décision invitant au dépôt d'observations concernant le récent séjour d'Omar Al Bashir au Malawi[10], par laquelle elle ordonnait au Greffier de transmettre une copie du Rapport aux autorités compétentes de la République du Malawi, et invitait celles-ci à présenter, en vertu de la norme 109-3 du Règlement de la Cour, leurs observations concernant ledit rapport, en particulier concernant l'allégation de manquement à l'obligation d'accéder aux demandes de coopération.

8. Le 11 novembre 2011, le Greffe a déposé à titre public un document portant transmission des observations de la République du Malawi[11], accompagné de deux annexes déposées à titre confidentiel. Dans l'annexe confidentielle 2, la République du Malawi formulait les observations suivantes concernant son manquement à l'obligation d'accéder aux demandes de coopération que lui avait adressées la Cour :

> [TRADUCTION] *Le Ministère [des affaires étrangères] souhaite confirmer que le Président Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Président de la République du Soudan, a assisté au sommet du COMESA qui s'est tenu les 14 et 15 octobre 2011 à Lilongwe, en République du Malawi. Le Ministère entend préciser qu'en raison de sa qualité de chef d'État en exercice, le Président Al Bashir s'est vu accorder tous les privilèges et immunités garantis à tous les chefs d'État et de gouvernement en visite. Ceux-ci comprennent l'immunité d'arrestation et l'immunité de juridiction sur le territoire du Malawi.*
>
> *Le Ministère tient à informer le Greffe de la CPI que le Malawi a accordé ces privilèges et immunités au Président Al Bashir en vertu des principes établis du droit international public et conformément à sa législation nationale en matière d'immunités et de privilèges.*
>
> *Le Ministère tient par ailleurs à déclarer que comme le Soudan, dont le Président Al Bashir est le chef d'État, n'est pas partie au Statut de Rome, les autorités du Malawi estiment inapplicable l'article 27 du Statut, qui permet* <u>notamment</u> *de lever l'immunité dont jouissent les chefs d'État et de gouvernement.*
>
> *Le Ministère souhaite également informer le Greffe de la Cour qu'en tant que membre de l'Union africaine, le Malawi s'aligne pleinement sur la position adoptée par cette organisation à l'égard de la mise en accusation de chefs d'État et de gouvernement en exercice dans des pays qui ne sont pas parties au Statut de Rome.*

---

[8] Ibid.
[9] Ibid.
[10] ICC-02/05-01/09-137.

Le Ministère entend ainsi informer le Greffe de la CPI qu'au vu de ce qui précède, le Malawi ne pouvait arrêter le Président Omar Hassan Ahmad Al Bashir lors de son séjour sur son territoire à l'occasion du sommet du COMESA.

Droit applicable et analyse

9. La Chambre renvoie aux articles 13, 21, 27, 86, 87, 98 et 119 du Statut et à la règle 195 du Règlement de procédure et de preuve (« le Règlement »).

Question préliminaire

10. À titre préliminaire, la Chambre fait remarquer que, bien qu'ayant été averties par le Greffe avant le séjour d'Omar Al Bashir, les autorités de la République du Malawi n'ont ni répondu à la Cour ni arrêté le suspect. La Chambre y voit l'indication d'un manquement par la République du Malawi à son obligation de coopérer pleinement avec la Cour, telle que consacrée par l'article 86 du Statut.

11. La République du Malawi a choisi d'ignorer le fait que c'est exclusivement à la Cour qu'il revient de décider quelles immunités s'appliquent dans chaque cas. Ce pouvoir est énoncé à l'article 119-1 du Statut, aux termes duquel « [t]out différend relatif aux fonctions judiciaires de la Cour est réglé par décision de la Cour ». En outre, la règle 195-1 est ainsi libellée :

Un État requis, qui fait savoir à la Cour qu'une demande de remise ou d'assistance soulève un problème d'exécution au regard de l'article 98, lui fournit tous les renseignements utiles pour l'aider dans l'application de l'article 98. Tout État tiers ou État d'envoi concerné peut fournir des renseignements supplémentaires pour aider la Cour.

12. Par conséquent, la Chambre conclut qu'à cet égard, la République du Malawi n'a pas coopéré avec la Cour afin de régler le problème. La République du Malawi aurait dû porter la question à l'attention de la Chambre et lui fournir toutes les informations disponibles pour lui permettre de se prononcer.

Question qui se pose à la Cour

13. Cela étant, du fait de l'importance du sujet pour la Cour, la Chambre tranchera sur le fond la question de la non-coopération du Malawi. Elle considère que les arguments avancés par la République du Malawi pour justifier son refus d'exécuter les demandes de coopération peuvent être résumés comme suit :

i) Al Bashir étant le chef d'État en exercice d'un pays qui n'est pas partie au Statut de Rome, le Malawi lui a accordé l'immunité d'arrestation et l'immunité de juridiction « [TRADUCTION] en vertu des principes établis du droit international public et conformément à la législation nationale en matière d'immunités et de privilèges » (« le premier argument »);

ii) En tant que membre de l'Union africaine, la République du Malawi a décidé de s'aligner pleinement sur « [TRADUCTION] la position adoptée par cette organisation à l'égard de la mise en accusation de chefs d'État et de

[11] ICC-02/05-01/09-138 et annexes confidentielles 1 et 2.

gouvernement en exercice dans des pays qui ne sont pas parties au Statut de Rome » (« le second argument »).

14. En ce qui concerne le second argument, la Chambre relève que la République du Malawi ne lui a présenté aucun document articulant spécifiquement la position adoptée par l'Union africaine. La Chambre croit toutefois comprendre que cet argument tend à contester l'existence même d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'un chef d'État en exercice dans un pays qui n'est pas partie au Statut, et rappelle à la République du Malawi qu'elle avait déjà rejeté cet argument dans la décision du 4 mars 2009, portant *délivrance* du premier mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Al Bashir, dans laquelle elle avait décidé qu'au regard de l'article 27 du Statut, « les fonctions actuelles d'Omar Al Bashir en tant que chef d'un État non partie au Statut n'[avaient] pas d'incidence sur la compétence de la Cour à l'égard de cette affaire ».

15. La Chambre prend cependant acte des différentes résolutions par lesquelles l'Union africaine a demandé à ses membres de ne pas coopérer avec la Cour s'agissant du mandat d'arrêt délivré à l'encontre d'Omar Al Bashir[12]. Pour justifier en droit la compatibilité de sa position juridique avec le Statut, l'Union africaine se contente de renvoyer « aux dispositions de l'article 98 du Statut de Rome de la CPI relatives aux immunités »[13]. La Chambre considère que c'est à l'article 98-1 du Statut que l'Union africaine renvoie spécifiquement. Par conséquent, en analysant ci-après la façon dont l'article 98-1 du Statut se rapporte aux circonstances actuelles, la Chambre étudiera également la validité en droit de la position de l'Union africaine, sur laquelle se fonde la République du Malawi.

16. La Chambre est d'avis que le premier argument présenté par la République du Malawi, soulève la question suivante : Au regard du Statut, les chefs d'État en exercice dans des pays qui ne sont pas parties au Statut jouissent-ils de l'immunité s'agissant de l'*exécution,* par des autorités nationales, d'un mandat d'arrêt délivré par la Cour?

17. La Chambre estime que, même si les observations de la République du Malawi n'y font pas expressément référence, l'article 98-1 du Statut est l'article applicable à cet égard. Il est libellé comme suit :

La Cour ne peut poursuivre l'exécution d'une demande de remise ou d'assistance qui contraindrait l'État requis à agir de façon incompatible avec les obligations qui lui incombent en droit international en matière d'immunité des États ou d'immunité diplomatique d'une personne ou de biens d'un État

---

[12] Conférence de l'Union africaine, « Décision sur le rapport de la Commission sur la Réunion des États africains parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale (CPI), Doc. Assembly/AU/13(XIII) », 3 juillet 2009, Assembly/AU/Dec.245(XIII)Rev.1 (« la décision UA du 3 juillet 2009 »), par. 10; Conférence de l'Union africaine, « Décision sur la mise en œuvre de la décision Assembly/AU/Dec.270(XIV) relative à la deuxième Réunion ministérielle sur le Statut de Rome de la Cour pénale internationale (CPI) Doc. Assembly/AU/10(XV) », 27 juillet 2010, Assembly/AU/Dec.296(XV), par. 5 et 6; Conférence de l'Union africaine, « Décision sur la mise en œuvre des décisions sur la Cour pénale internationale (CPI) – Doc. EX.CL/639(XVIII) », 30 et 31 janvier 2011, Assembly/AU/Dec.334(XVI), par. 5; Conférence de l'Union africaine, « Décision sur la mise en œuvre des décisions de la Conférence relatives à la Cour pénale internationale – Doc. EX.CL/670(XIX) », 30 juin-1er juillet 2011, Assembly/AU/Dec.366(XVII) (« la Décision UA du 30 juin-1er juillet 2011 »), par. 5.

[13] Décision UA du 3 juillet 2009, par. 10; décision UA du 30 juin-1er juillet 2011, par. 5.

tiers, à moins d'obtenir au préalable la coopération de cet État tiers en vue de la levée de l'immunité.

18. La Chambre relève que, dans les observations de la République du Malawi, il est indiqué que « [TRADUCTION] comme le Soudan, dont le Président Al Bashir est le chef d'État, n'est pas partie au Statut de Rome, les autorités du Malawi estiment inapplicable l'article 27 du Statut, qui permet notamment de lever l'immunité dont jouissent les chefs d'État et de gouvernement ». Par cette remarque, le Malawi semble concéder, et la Chambre est d'accord avec lui, qu'une levée de l'immunité ne serait manifestement pas nécessaire lorsque l'État tiers a ratifié le Statut. En effet, l'acceptation des dispositions de l'article 27-2 du Statut implique la levée des immunités visées à l'article 98-1 du Statut dans le cadre des procédures engagées devant la Cour. En tout état de cause, la Chambre rejette, pour les raisons exposées ci-après, l'argument avancé par la République du Malawi concernant les États non parties au Statut, selon lequel le droit international offre une immunité aux chefs de ces États dans le cadre des procédures engagées devant des juridictions internationales.

Défaut de pertinence de la législation nationale

19. La Chambre relève que le premier argument avancé dans les observations de la République du Malawi semble compter deux branches : la première fait référence aux principes établis du droit international, et la seconde à la législation de la République du Malawi.

20. La Chambre n'examinera pas la seconde branche du premier argument, étant donné que l'article 98-1 du Statut ne fait référence qu'au droit international, excluant ainsi la possibilité pour un État requis de s'appuyer sur sa législation nationale afin de ne pas exécuter une demande de coopération qui lui est adressée par la Cour. Cette conclusion est de surcroît conforme aux principes établis du droit international, tels qu'énoncés à l'article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 :

Une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité.

21. Par conséquent, la Chambre rejette cet argument *in limine,* en ce que la République du Malawi y invoque son droit interne pour justifier la non-exécution des demandes de coopération.

Immunité des chefs d'État dans le cadre de procédures internationales

22. La Chambre en vient maintenant à la question de savoir si le droit international accorde aux anciens chefs d'État ou aux chefs d'État en exercice une immunité de juridiction devant les tribunaux internationaux.

23. La Chambre fait remarquer que, dès mars 1919, au lendemain de la Première Guerre mondiale, la Commission des responsabilités des auteurs de la guerre et sanctions[14] avait recommandé la création d'un haut tribunal, en rejetant le principe des immunités, même pour les chefs d'État :

---

[14] *American Journal of International Law*, vol. 14, 1920, p. 116.

> [TRADUCTION] *Dans ces conditions, la Commission tient à expressément déclarer que, dans la hiérarchie des personnes en position d'autorité, rien ne justifie en aucune circonstance que le rang, aussi élevé soit-il, protège son détenteur lorsque la responsabilité de celui-ci a été établie devant un tribunal dûment constitué. Ce principe s'étend même aux chefs d'État. D'aucuns ont soutenu le contraire sur la base de la prétendue immunité, et plus particulièrement de la prétendue inviolabilité du souverain d'un État. Mais lorsqu'il est reconnu, ce privilège revêt une utilité pratique en droit interne, et n'a rien de fondamental. Même si, dans certains pays, un souverain est à l'abri de poursuites nationales devant les tribunaux de son propre pays, il n'en va certainement pas de même sur le plan international.*

24. Au lendemain de la Deuxième Guerre mondiale, deux tribunaux internationaux ont été créés, ceux de Nuremberg et Tokyo. Aux termes de l'article 7 du Statut du Tribunal militaire international[15] :

> *La situation officielle des accusés, soit comme chefs d'État, soit comme hauts fonctionnaires, ne sera considérée ni comme une excuse absolutoire ni comme un motif de diminution de la peine.*

25. Le Tribunal militaire international siégeant à Nuremberg a réaffirmé ce principe dans son jugement du 1er octobre 1946[16] :

> *Le principe du droit international, qui dans certaines circonstances protège les représentants d'un État, ne peut pas s'appliquer aux actes condamnés comme criminels par le droit international. Les auteurs de ces actes ne peuvent invoquer leur qualité officielle pour se soustraire à la procédure normale ou se mettre à l'abri du châtiment.*

26. Aux termes de l'article 6 du Statut du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient, lequel siégeait à Tokyo et a été créé le 19 janvier 1946 par le Commandant suprême des Forces alliées :

> *Ni la position officielle d'un accusé, à aucun moment, ni le fait qu'un accusé a agi conformément aux ordres de son gouvernement ou d'un supérieur ne suffira, en soi, à dégager la responsabilité de cet accusé dans tout crime dont il est inculpé, mais ces circonstances peuvent être considérées comme atténuantes dans le verdict, si le tribunal décide que la justice l'exige.*

27. Dans son jugement[17], le Tribunal militaire international de Tokyo a reconnu coupable l'accusé Hiroshi Oshima, Ambassadeur du Japon à Berlin, en dépit de l'immunité diplomatique invoquée :

---

[15] Accord entre le Gouvernement provisoire de la République française et les Gouvernements des États-Unis d'Amérique, du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, et de l'Union des Républiques socialistes soviétiques concernant la poursuite et le châtiment des grands criminels de guerre des puissances européennes de l'Axe. Signé à Londres le 8 août 1945; Nations Unies, *Recueil des Traités*, 1951, nº 251, p. 279.

[16] Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international de Nuremberg (14 novembre 1945-1er octobre 1946), p. 496.

[17] *The Tokyo Judgment*, *in* « The International Military Tribunal for the Far East (I.M.T.F.E.) », 29 avril 1946-12 novembre 1948, Volume I, Röling et Rüter (Dir. pub.), APA, University Press Amsterdam BV, Amsterdam, 1977, p. 456.

[TRADUCTION] Le moyen de défense spécial choisi par OSHIMA consiste à dire que, dans le cadre de ses activités en Allemagne, il bénéficiait de la protection issue de l'immunité diplomatique, ce qui le place à l'abri des poursuites. Les privilèges diplomatiques n'emportent pas d'immunité au regard de la responsabilité légale, ils permettent seulement à un ambassadeur de ne pas être jugé par les juridictions d'un État auprès duquel il est accrédité. En tout état de cause, une telle immunité ne revêt aucune pertinence au regard de crimes contre le droit international humanitaire portés devant un tribunal compétent. Le Tribunal rejette ce moyen de défense spécial.

28. En 1950, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté les « Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal »[18]. Le Principe III est libellé comme suit :

Le fait que l'auteur d'un acte qui constitue un crime de droit international a agi en qualité de chef d'État ou de gouvernement ne dégage pas sa responsabilité en droit international.

29. Dans le même ordre d'idées, l'article 7 2) du Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie[19] dispose :

La qualité officielle d'un accusé, soit comme chef d'État ou de gouvernement, soit comme haut fonctionnaire, ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale et n'est pas un motif de diminution de la peine.

30. À plusieurs reprises et spécialement après le transfèrement de Slobodan Milošević, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) a affirmé que l'article 7 2) était déclaratoire du droit international coutumier :

Les individus sont personnellement responsables, quelles que soient leurs fonctions officielles, fussent-ils chefs d'État ou ministres. L'article 7 2) du Statut et l'article 6 2) du *Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda […] sont indiscutablement déclaratoires du droit international coutumier.*[20]

31. L'article 6 2) du Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR)[21] est libellé dans les mêmes termes que l'article 7 2) du Statut du TPIY.

32. Dans son projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité[22], la Commission du droit international a adopté le même principe.

---

[18] Assemblée générale, *Documents officiels, cinquième session, Supplément n° 12*, A/1316 (1950).

[19] Statut du Tribunal international chargé de poursuivre les personnes présumées responsables de violations graves du droit humanitaire international commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991, adopté en vertu de la résolution 827 du Conseil de sécurité de l'ONU (25 mai 1993).

[20] TPIY, *Le Procureur* c. *Anto Furundžija*, affaire n^{o} IT-95-17/1-T, Jugement, 10 décembre 1998, par. 140; voir aussi TPIY, *Le Procureur* c. *Slobodan Milošević*, affaire n^{o} IT-99-37-PT, Décision relative aux exceptions préjudicielles, 8 novembre 2001, par. 28.

[21] Statut du Tribunal criminel international chargé de juger les personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais présumés responsables de tels actes ou violations commis sur le territoire d'États voisins entre le 1er janvier et le 31 décembre 1994, adopté le 8 novembre 1994 en vertu de la résolution 955 du Conseil de sécurité de l'ONU.

[22] Commission du droit international, projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, adopté par la Commission à sa quarante-huitième session, 6 mai-26 juillet 1996, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 10* (A/51/10).

En effet, l’article 7 de ce projet de code, intitulé « Qualité officielle et responsabilité », est formulé comme suit :

La qualité de l’auteur d’un crime contre la paix et la sécurité de l’humanité, même s’il a agi en qualité de chef d’État ou de gouvernement, ne l’exonère pas de sa responsabilité pénale et n’est pas un motif de diminution de la peine.

33. Dans l’affaire dite du mandat d’arrêt[23], la Cour internationale de Justice (CIJ) a conclu que, bien que le droit international coutumier offre une immunité devant les *tribunaux nationaux* à certains responsables comme le ministre des affaires étrangères en exercice et, a fortiori, les chefs d’État et de gouvernement, et ce, même quand l’intéressé est soupçonné d’avoir commis des crimes de guerre ou des crimes contre l’humanité, de telles immunités ne sauraient faire obstacle à l’exercice de poursuites pénales devant une juridiction internationale :

En quatrième lieu, un ministre des affaires étrangères ou un ancien ministre des affaires étrangères peut faire l’objet de poursuites pénales devant certaines juridictions pénales internationales dès lors que celles-ci sont compétentes. Le Tribunal pénal international pour l’ex-Yougoslavie et le Tribunal pénal international pour le Rwanda, établis par des résolutions du Conseil de sécurité adoptées en application du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, ainsi que la future cour pénale internationale instituée par la Convention de Rome de 1998, en sont des exemples. Le Statut de cette dernière prévoit expressément, au paragraphe 2 de son article 27, que « les immunités ou règles de procédure spéciales qui peuvent s’attacher à la qualité officielle d’une personne, en vertu du droit interne ou du droit international, n’empêchent pas la cour d’exercer sa compétence à l’égard de cette personne ».[24]

34. Dans l’Affaire du mandat d’arrêt, la CIJ ne se préoccupait que de l’immunité dans le contexte des différentes juridictions nationales. La majorité des juges de la CIJ a renvoyé dans son arrêt aux dispositions des textes des juridictions internationales qui portent sur l’immunité, telles que l’article 27 du Statut, pour constater que ces dispositions « ne lui permettaient pas [...] de conclure à l’existence, en droit international coutumier, d’une telle exception *en ce qui concerne les juridictions nationales* »[25]. Par conséquent, l’analyse menée par la majorité des juges de la CIJ concernant l’immunité en droit international coutumier ne s’applique pas aux présentes circonstances, dans lesquelles une *cour internationale* demande une arrestation pour des crimes internationaux. Cette distinction est importante car, comme l’a expliqué Antonio Cassese, la possibilité pour les responsables d’États étrangers d’invoquer à bon droit leur immunité personnelle devant des juridictions nationales tient au fait qu’autrement, des autorités nationales pourraient recourir à des poursuites pour indûment entraver ou limiter la capacité d’un État étranger d’agir sur le plan international[26]. Cassese a souligné que les juridictions internationales ne présentaient pas un tel risque,

---

[23] Mandat d’arrêt du 11 avril 2000 (*République dérnocratique du Congo* c. *Belgique*), Arrêt du 14 février 2002, *C.I.J. Recueil 2002* (« l’Affaire du mandat d’arrêt »).

[24] Ibid., par. 61.

[25] Ibid., par. 58 [*non souligné dans l’original*].

[26] A. Cassese, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2e éd., 2008, p. 312.

puisqu'elles sont « [TRADUCTION] totalement indépendantes des États et soumises à des règles strictes en matière d'impartialité »[27].

35. À la suite de l'arrêt rendu par la CIJ dans l'Affaire du mandat d'arrêt, la Chambre d'appel du Tribunal spécial pour la Sierra Leone, appliquant l'article 6 2) de son statut[28], qui est identique à l'article 6 2) du Statut du TPIR et à l'article 7 2) du Statut du TPIY, a conclu qu'« [TRADUCTION] il semblerait que soit désormais établi le principe selon lequel l'égalité souveraine des États n'empêche pas qu'un chef d'État soit poursuivi par une juridiction pénale internationale »[29]. Comme l'a expliqué le Tribunal :

> *[TRADUCTION] Même si elle ne saute pas aux yeux, la raison pour laquelle on distingue à cet égard les juridictions nationales des juridictions internationales pourrait trouver son origine dans le principe selon lequel un État souverain ne statue pas sur la conduite d'un autre État; le principe d'immunité étatique découle de l'égalité entre États souverains et ne revêt donc aucune pertinence au regard des tribunaux pénaux internationaux, qui ne sont pas des organes étatiques et qui tiennent leur mandat de la communauté internationale.*

36. Par conséquent, la Chambre conclut qu'en droit international l'immunité des chefs d'État, qu'ils soient ou non en exercice, ne peut être invoquée pour s'opposer à des poursuites menées par une juridiction internationale. Ce principe s'applique de la même manière aux chefs d'États non parties au Statut, qu'ils soient ou non en exercice, dès lors que la Cour peut exercer sa compétence. Dans ce cas particulier, la Chambre fait remarquer qu'elle tient sa compétence d'un renvoi de la situation par le Conseil de sécurité de l'ONU, agissant en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies et conformément à l'article 13-b du Statut.

Immunité des chefs d'État s'agissant des demandes d'arrestation et de remise

37. La Chambre note qu'il existe un conflit entre, d'une part, les articles 27-2 et 98-1 du Statut et, d'autre part, le rôle joué par l'immunité lorsque la Cour recherche la coopération d'États aux fins de l'arrestation d'un chef d'État. Elle considère que le Malawi et, par extension, l'Union africaine n'ont pas le droit d'invoquer l'article 98-1 du Statut pour justifier leur refus d'accéder aux demandes de coopération.

38. Premièrement, comme expliqué plus haut, l'argument tiré de l'immunité des chefs d'État devant des juridictions internationales a été rejeté à maintes reprises depuis la Première Guerre mondiale[30].

39. Deuxièmement, cette dernière décennie a vu se multiplier les poursuites engagées contre des chefs d'État par des juridictions internationales. Une seule procédure visant un chef d'État avait été engagée devant une juridiction internationale lorsqu'a été rendu l'arrêt dans l'Affaire du mandat d'arrêt; ce procès

---

[27] Ibid.

[28] Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone, annexe à l'Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement sierra-léonais conformément à la résolution 1315 (2000) du Conseil de sécurité, en date du 14 août 2000, signé le 16 janvier 2002 à Freetown.

[29] Tribunal spécial pour la Sierra Leone, Chambre d'appel, *The Prosecutor* v. *Charles Ghankay Taylor*, affaire SCSL-2003-1-AR72(E), Decision on Immunity from Jurisdiction, 31 mai 2004, par. 51 et 52.

[30] Voir *supra*, par. 23 à 35.

(celui de Slobodan Milošević) ne s'est ouvert que deux jours avant que cet arrêt ne soit rendu et son existence n'est même pas mentionnée dans la décision prise par les juges de la CIJ à la majorité. Après le 14 février 2002, les poursuites devant des juridictions internationales à l'encontre de Charles Taylor, Mouammar Kadhafi, Laurent Gbagbo ainsi que dans la présente affaire montrent que l'engagement de telles poursuites contre des chefs d'État est devenu une pratique largement reconnue et acceptée.

40. Troisièmement, en plus de neuf ans d'existence, le Statut a été ratifié par 120 États qui ont tous accepté que les immunités dont jouissent leurs plus hauts responsables en droit international leur soient retirées. Tous ces États ont renoncé à faire valoir ces immunités lorsqu'ils ont accepté le texte de l'article 27-2 : « Les immunités ou règles de procédure spéciales qui peuvent s'attacher à la qualité officielle d'une personne, en vertu du droit interne ou du droit international, n'empêchent pas la Cour d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne »[31]. Même certains États non parties au Statut ont à deux reprises autorisé le renvoi à la Cour de situations en application de résolutions du Conseil de sécurité, en sachant pertinemment que ces renvois pourraient entraîner des poursuites à l'encontre de chefs d'État qui normalement jouiraient d'immunités devant des juridictions nationales[32].

41. Quatrièmement, tous les États mentionnés ci-dessus ont ratifié le Statut et/ou s'en remettent à la Cour pour exercer « sa compétence à l'égard des personnes pour les crimes les plus graves ayant une portée internationale »[33]. Il apparaît incohérent que le Malawi reconnaisse cette mission de la Cour et qu'il refuse ensuite de lui remettre un chef d'État poursuivi pour avoir orchestré la commission d'un génocide, de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité. Interpréter l'article 98-1 de façon à justifier la non-remise à la Cour d'Omar Al Bashir pour des raisons liées à son immunité entraverait le travail de celle-ci et plus généralement de la justice pénale internationale d'une façon totalement contraire au but du Statut ratifié par le Malawi.

42. La Chambre considère que l'engagement de la communauté internationale à ne pas appliquer les immunités lorsque des juridictions internationales demandent l'arrestation de quiconque pour des crimes internationaux a atteint une masse critique. Si tant est qu'il ait jamais été approprié de le dire, il n'est certainement plus possible d'affirmer que l'immunité prévue en droit international coutumier s'applique dans le présent contexte.

43. Pour les raisons exposées plus haut et compte tenu de la jurisprudence précitée dans la présente décision, la Chambre constate que le droit international coutumier crée une exception à l'immunité des chefs d'État lorsque des juridictions internationales demandent l'arrestation d'un chef d'État pour la commission de crimes internationaux. Il n'y a pas de conflit entre les obligations du Malawi envers la Cour et ses obligations en droit international coutumier; partant, l'article 98-1 du Statut ne s'applique pas.

---

[31] Art. 27-2 du Statut.
[32] S/RES/1593 (2005); S/RES/1970 (2011).
[33] Art. 1 du Statut.

Conséquences des conclusions de la Chambre pour les États parties

44. Par ailleurs, la Chambre est d'avis que l'absence d'immunités contre les poursuites engagées par des juridictions internationales s'applique à tout acte de coopération étatique qui fait partie intégrante des poursuites.

45. Tel que prévu au chapitre IX du Statut, le régime de coopération liant la Cour et les États parties ne saurait en effet être assimilé au régime de coopération interétatique liant des États souverains. C'est ce qui ressort du Statut même, dont l'article 91 mentionne le « caractère particulier de la Cour », et l'article 102 opère une distinction claire entre la « remise », fait pour un État de livrer une personne à la Cour, et l'« extradition », fait pour un État de livrer une personne à un autre État en application d'un traité, d'une convention ou de la législation nationale.

46. La Chambre est même d'avis que, lorsqu'ils coopèrent avec la Cour et qu'ils agissent ainsi en son nom, les États parties sont des instruments au service de l'exercice du *jus puniendi* de la communauté internationale, pouvoir de sanction pénale dont la Cour est investie lorsque les États n'ont pas pu poursuivre les personnes responsables des crimes relevant de sa compétence.

47. Par conséquent, la Chambre conclut, en application de l'article 87-7 du Statut, que la République du Malawi n'a pas accédé aux demandes de coopération contrairement à ce que prévoit le Statut et a ainsi empêché la Cour d'exercer les fonctions et les pouvoirs que celui-ci lui confère. La Chambre décide d'en référer tant au Conseil de sécurité de l'ONU qu'à l'Assemblée des États parties.

PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE

CONCLUT, en application des articles 86, 87-7 et 89 du Statut, que la République du Malawi i) ne s'est pas acquittée de l'obligation qu'elle avait de consulter la Chambre, en omettant de lui soumettre la question de l'immunité d'Omar Al Bashir, et ii) n'a pas coopéré avec la Cour, en ne procédant pas à l'arrestation et à la remise à la Cour d'Omar Al Bashir, ce qui a empêché celle-ci d'exercer les fonctions et les pouvoirs que lui confère le Statut; et

COMMUNIQUE, conformément à la norme 109-4 du Règlement de la Cour, la présente décision au Président pour qu'il la transmette au Conseil de sécurité par l'intermédiaire du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, ainsi qu'à l'Assemblée des États parties.

Fait en anglais et en français, la version anglaise faisant foi.

(*Signé*)

Mme la juge Sanji Mmasenono Monageng
Juge président

(*Signé*)
Mme la juge Sylvia Steiner

(*Signé*)
M. le juge Cuno Tarfusser

Fait le mardi treize décembre deux mil onze
À La Haye (Pays-Bas)